

A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A INTERPRETAÇÃO PRAGMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO.

Rui Verlaine Oliveira Moreira

Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Lateranense de Roma

Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade de Colônia na Alemanha

Professor do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da UFC

Ana Araújo Ximenes Teixeira Mendes

Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFC

Especialista em Direito Processual. Promotora de Justiça

RESUMO: O propósito deste artigo é analisar os equívocos da interpretação constitucional realizada no Brasil com base nos padrões da Hermenêutica Clássica, a qual denominamos interpretação semântica. Também enfatizamos, em razão da indeterminação semântica dos signos lingüísticos das normas constitucionais, a necessidade de utilização, na análise da Constituição, de uma interpretação fundada na Nova Hermenêutica Jurídica, vale dizer, de uma interpretação pragmática. Nesse intuito, sublinhamos o nexo entre o giro lingüístico e a Nova Hermenêutica Jurídica, tornando possível compreender a natureza pragmática de ambos e como ela reflete positivamente na interpretação da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Nova Hermenêutica Giro Lingüístico – Interpretação Constitucional.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the mistakes of the brazilian constitutional interpretation based on the Classical Hermeneutics standards – wich we nominate semantic interpretation. We also stress, because of the semantic indetermination of the linguistic signs of the constitutional laws, the necessity of using, in the analysis of the Federal Constitution, an interpretation founded in the New Hermeneutics (that we call pragmatic interpretation). In this task, we outlined the link between the linguistic turn and the New Hermeneutics, making possible

the realization of their pragmatic nature and of how it reflects positively on the interpretation of the Federal Constitution.

KEY WORDS: New Hermeneutics – Linguistic Turn – Constitutional Interpretation.

1. PRAGMATISMO: NEXO ENTRE O GIRO LINGÜÍSTICO-FILOSÓFICO E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL OU NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA.

Registrando fenômeno comum a todos os sistemas jurídicos na atualidade, quer sigam a tradição jurídica romano-germânica, quer sigam a tradição anglo-saxônica, Mauro Capelletti alude à guinada da Ciência Jurídica rumo ao pragmatismo referindo-se à ‘presente realidade jurídico-cultural italiana’ em termos de uma ‘verdadeira e própria explosão do papel da jurisprudência, como fator de adaptação do direito às profundas transformações da nossa realidade social’, com o que enfatiza o espaço que a construção jurisprudencial do Direito concede à realidade.³

A Nova Hermenêutica Jurídica ou Hermenêutica Constitucional, por influxo do giro lingüístico desenvolvido no bojo da Nova Hermenêutica filosófica, baseia a interpretação no pragmatismo, vale dizer, no uso dos signos lingüísticos para convencer, para influir na vontade de outrem, o que equivale a fundar a interpretação na argumentação, no discurso, que assim assume o *status* de metodologia interpretativa.⁴

A filosofia, desde os estudos pioneiros de Hamann, Herder e Humboldt, evoluiu com filósofos do quilate de Peirce e Heidegger no sentido da consideração da identidade entre pensamento e linguagem, passando a encarar a linguagem como condição de possibilidade do conhecimento. Consoante esse movimento - denominado por Richard Rorty ‘giro lingüístico’, por Habermas ‘guinada lingüística’ e por Manoel de Oliveira ‘reviravolta lingüística’ -, que consistiu, em linhas gerais, na invasão da filosofia pela linguagem, esta é o ambiente no qual desenvolve-se o conhecimento.⁵ Em outras palavras, a linguagem é aquilo

que unifica, que funde sujeito cognoscente e objeto em uma só estrutura, constituindo tanto um quanto o outro.

Portanto, o giro lingüístico iniciou-se e centraliza-se na ruptura com o padrão de racionalidade que encarava a linguagem como instrumento de mera designação dos objetos, o que para Habermas configura a substituição do paradigma de racionalidade da filosofia da consciência pelo paradigma de racionalidade da filosofia da linguagem.⁶

Conforme a *linguistic turn*, todo pensamento é signo; o pensamento é de natureza lingüística, possuindo o homem, portanto, a lingüisticidade em seu ser. Peirce subdivide as relações do signo lingüístico em sintática (relações dos signos entre si), semântica (relações dos signos com os objetos) e pragmática (relações dos signos com seus usuários).⁷ A pragmática, portanto, ocupa-se do uso que é feito da linguagem pelos homens, vale dizer, da linguagem como ação, como meio de convencimento e dominação.

Kant preconizou com pioneirismo a idéia da ‘perspectiva pragmática’, segundo a qual aplicar-se-iam conhecimentos gerais (racionais) para fins práticos de orientação ética na condução da vida.⁸ Para Kant, existem ‘leis práticas absolutamente necessárias’ - decorrentes todas do princípio da moralidade - mediante as quais a razão regula a vontade.⁹ A semiótica de Peirce – vale dizer, seus estudos em filosofia da linguagem relativamente aos signos lingüísticos -, é profundamente influenciada por Kant, tanto que introduziu o termo pragmatismo em sua semiótica para definir a vertente do estudo dos signos lingüísticos que se ocupa das relações dos signos com seus usuários, ou seja, para aquela que analisa como e com que propósitos a linguagem é utilizada pelos seus usuários para influir na vontade e no comportamento de outrem, investigando, outrossim, como e em que medida essa utilização (a comunicação) é bem sucedida no propósito de repercutir na vontade e, pois, nas vidas dos usuários da linguagem.

Heidegger, Gadamer, Apel e Habermas – cujas obras são os pilares de sustentação das duas mais vigorosas vertentes da Nova Hermenêutica filosófica, a saber, a Filosofia

Hermenêutica e a Hermenêutica Crítica - desenvolveram suas contribuições em matéria de Hermenêutica sob o pálio das idéias de Kant e Peirce.¹⁰ O pragmatismo, mercê do giro lingüístico-filosófico, da Filosofia Hermenêutica de Gadamer e de Heidegger e da Hermenêutica Crítica de Apel e de Habermas, é o setor da semiótica em torno do qual, através das teorias do discurso, gravitam atualmente a Hermenêutica Filosófica e a Hermenêutica Constitucional ou Nova Hermenêutica Jurídica.

As teorias do discurso nada mais são que teorias acerca do modo, da aptidão e das possibilidades do uso dos signos lingüísticos para convencer os interlocutores acerca do sentido dos preceitos jurídicos e da realidade na qual incidem.¹¹ Podemos citar com propriedade, nesse terreno, a teoria da ação comunicativa de Habermas, cuja excelência burila a razão prática (pragmática), vale dizer, a parcela da razão composta por normas, por preceitos destinados a regular a vontade, transmutando-a em razão comunicativa, fundada sobre o caráter inelutavelmente comunicativo (voltado ao consenso, ao acordo mútuo) das relações sociais. Habermas utiliza e preconiza a comunicação como meio para interpretação/legitimação do direito.¹²

O pragmatismo marca profundamente o pensamento jurídico nos países dotados de sistemas jurídicos baseados na *Common Law* e ampliou de modo crescente seu espectro de influência, até alcançar a Ciência Jurídica nos sistemas jurídicos da *Civil Law*, a partir da reintrodução da tópica no Direito por Viehweg com sua obra *Tópica e Jurisprudência*.¹³

2. O PRAGMATISMO DA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA E OS DISPOSITIVOS NORMATIVOS ABERTOS OU INDETERMINADOS.

Grande parte dos direitos fundamentais são previstos em dispositivos permeados de conceitos abertos. Praticamente não há regras nessa seara, no sentido que Dworkin emprega para essa palavra.¹⁴ Os termos utilizados para enunciar, por exemplo, os direitos à saúde e à educação não estabelecem uma conduta

determinada a ser adotada, não designam especificamente quais as prestações aptas a materializar sua realização.

A polissemia e a indeterminação, características dos princípios jurídicos, permeiam os preceitos jusfundamentais, donde resulta uma clara dificuldade de definir o seu conteúdo, as condutas que impõem a seus destinatários. Exemplificativamente, é visível a indeterminação do dispositivo constitucional que determina a 'progressiva universalização do ensino médio gratuito' (art. 208, II, da CF/88). Pode-se com toda propriedade perquirir como ela deve ser implementada pelo Estado, quando e a que condutas tal expressão vincula a Administração Pública.

Nessa ordem de idéias, ações judiciais destinadas a concretizar a maioria dos direitos fundamentais configuram causas complexas. Quando implicam intervenção jurisdicional no orçamento público, inequivocamente assumem a feição de casos difíceis (*hard cases*), pois a intervenção do Poder Judiciário no orçamento público, que aqui tratamos como instrumento para a efetivação de alguns direitos fundamentais, envolve um conflito adicional entre princípios constitucionais igualmente encartados em cláusulas abertas, a saber, o Princípio da Supremacia da Constituição e o Princípio da Separação de Poderes, o que potencializa a dificuldade já identificada na solução das demandas retromencionadas.¹⁵

Os postulados interpretativos da Nova Hermenêutica Jurídica ou Hermenêutica Constitucional são os únicos aptos a orientar a pesquisa do sentido e alcance dos preceitos jusfundamentais, assim como das demais cláusulas constitucionais semanticamente abertas. Todas essas modalidades de normas possuem acentuado grau de imprecisão relativamente ao que proíbem, autorizam ou determinam, e tais postulados, no processo interpretativo, permitem, além do manejo dos mecanismos hermenêuticos tradicionais, a utilização da argumentação, da razoabilidade, da comparação com precedentes judiciais, dentre outros fatores exteriores ao estrito legalismo formalista.¹⁶

3. O PRAGMATISMO DA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA NO CONTEXTO MAIS AMPLO DA REAÇÃO CONTRA O FORMALISMO.

A Nova Hermenêutica Jurídica ou Hermenêutica Constitucional consiste precipuamente no conjunto de teorias interpretativas que assumiram a renovação jurídico-metodológica trazida pela adoção da argumentação ou discurso como mecanismo interpretativo no Direito, fenômeno que foi inaugurado, no âmbito dos sistemas jurídicos romano-germânicos, pela obra *Tópica e Jurisprudência* de Theodor Viehweg. Consoante Paulo Bonavides, constitucionalistas como Kriele, Hesse, Horst Ehmke e Friedrich Muller, valeram-se da metodologia tópica para restaurar o prestígio da hermenêutica jurídica do Direito Constitucional, emancipando-a da servidão à metodologia clássica de Savigny, nascida de inspirações jusprivatistas.¹⁷

Os pontos nevrálgicos do afastamento da tópica dos métodos de interpretação clássicos, mediante os quais ela perfaz o giro metodológico diametral que funda a Nova Hermenêutica são: a) a não aceitação da lógica formal como único mecanismo para interpretação e aplicação do Direito e; b) a possibilidade de utilização dos *topoi*, critérios não fornecidos pelo ordenamento para a solução da lide, os quais promovem a abertura do sistema jurídico orientada pela idéia de Gadamer de que interpretação e aplicação da norma ocorrem no mesmo momento (consistindo na ‘concretização’).¹⁸

O surgimento da tópica como teoria inaugural da Nova Hermenêutica e a própria escola da Nova Hermenêutica Jurídica não consistiram, todavia, em fenômeno isolado – como pode supor quem limita sua análise ao universo dos sistemas jurídicos romano-germânicos (sistemas que adotam a *Civil Law*, o direito legislado e codificado como fontes precípua). Na verdade, ambas são a manifestação de um fenômeno maior que se verificou concomitantemente em praticamente todo o hemisfério ocidental: o combate ao formalismo no âmbito do Direito.

A ruptura que a Hermenêutica Constitucional faz com o

formalismo positivista, com a rigidez dos cânones savignyanos de interpretação e com o monopólio hermenêutico-metodológico da lógica formal e da subsunção nos sistemas jurídicos romano-germânicos, encontra paralelo em movimento verificado nos sistemas jurídicos da *Common Law* (baseados no direito consuetudário) contra o formalismo do *case methode*.¹⁹

A Nova Hermenêutica Jurídica, assim como a reação ao formalismo na utilização da técnica do precedente judicial (*case methode*), passa a admitir abertamente algo de há muito praticado e perceptível na Ciência Jurídica, conquanto veementemente negado pelo formalismo, a saber: a criatividade judicial, a participação dos magistrados na criação (e não somente na declaração) do Direito.

Em todas as suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional da escolha. Típico de todas essas revoltas – representadas por várias escolas de pensamento, como a *sociological jurisprudence* e o *legal realism* nos Estados Unidos, a *interessenjurisprudenz* e a *freirechtsschule* na Alemanha, e o método da *libre recherche scientifique* de François Geny e de seus seguidores em França – foi, ao contrário, o reconhecimento do caráter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e montesquiniana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e, assim, do juiz como mera e passiva ‘inanimada boca da lei’. Sublinharam essas escolas de pensamento a ilusão da idéia de que o juiz se encontra na posição de ‘declarar’ o direito de maneira não criativa, apenas com instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração a sua valoração pessoal. E aplicaram tal crítica a todas as formas de direito, tanto ao direito consuetudinário quanto ao *case law*, tanto ao direito

legislativo quanto às codificações sistemáticas. Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais.²⁰

A Nova Hermenêutica Jurídica (iniciada a partir da Tópica de Viehweg) é, nos sistemas jurídicos que seguem a tradição romano-germânica como o brasileiro, um desdobramento desse amplo movimento de reação contra o formalismo, precedido imediatamente pela teoria material da Constituição, a qual, por sua vez, consiste num desenvolvimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre. No panorama hermenêutico atual, apenas a metodologia da Nova Hermenêutica Jurídica presta-se à realização de uma interpretação concretizante dos direitos fundamentais, pois é a única que promove a aproximação entre a realidade e o Direito necessária a esse tipo de interpretação. Desvincular a tutela dos direitos fundamentais do contexto metodológico da Hermenêutica Constitucional equivale a dificultar grandemente a efetivação contenciosa desses direitos.

Esclarecida a relação de implicação entre os direitos fundamentais e as teorias da argumentação jurídica da Hermenêutica Constitucional, derivada do fato de sua interpretação exigir a utilização da argumentação como mecanismo para obtenção do seu sentido, passamos a discorrer acerca de outra valiosa contribuição dessa escola hermenêutica. Realmente, o influxo do pragmatismo na Ciência do Direito através da Nova Hermenêutica Jurídica ou Constitucional espargiu efeitos benéficos no terreno da justificação racional da eficácia plena e aplicabilidade imediata (justiciabilidade) dos direitos fundamentais, mormente sociais, sendo fator decisivo na luta pela efetivação dos direitos fundamentais.

4. A INTERPRETAÇÃO PRAGMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO.

O que, acima de tudo, torna as regras mais fáceis de aplicar que os princípios? Em que consiste essa abertura tão referida quando tratamos das normas principiológicas? Em uma oração, a abertura das cláusulas, dos conceitos aludidos, nada mais é que uma abertura semântica.

Com efeito, tudo gira em torno da aptidão maior ou menor do dispositivo constitucional para definir ou não previamente seus possíveis significados. Quando os signos lingüísticos utilizados pelo preceito constitucional não dependem de grande esforço interpretativo para transmissão dos seus significados, das condutas que impõem, vedam ou facultam, estamos diante de um dispositivo semanticamente fechado ou completo, embora não em sua totalidade.

Realmente, a totalidade de significados de um texto é incognoscível, de maneira que aquilo que denominamos dispositivo normativo semanticamente fechado é apenas um preceito com menor grau de abertura semântica.

Ao revés, quando os signos lingüísticos existentes no texto da norma jurídica são inaptos para comunicar uma mínima parcela da miríade de significados que podem assumir sem complementação de sentido jurisprudencial, ou seja, quando não declaram prévia e inequivocamente as inúmeras condutas que impõem, vedam ou facultam, estamos diante de um dispositivo semanticamente aberto, dependente de complementação através da consideração de elementos exteriores, não inseridos na literalidade do preceito.²¹

A positivação crescente e reconhecimento da normatividade dos princípios - preceitos constitucionais semanticamente abertos - caminha na proporção direta da necessidade de abandono das teorias semânticas de interpretação, as quais, em suma, buscam extrair o significado do texto da norma em si, desvinculado e independente da realidade à qual aplica-se.²²

A complementação do sentido do texto da norma semanticamente aberta requer a consideração de elementos exteriores a esse texto, que em sua maioria são fornecidos pela

situação fática a ele relacionada, de sorte que só pode ser empreendida pragmaticamente, ou seja, no nível da argumentação jurídica.

No atual estágio de desenvolvimento da hermenêutica, mesmo nos países europeus de tradição romano-germânica, o sentido dos preceitos constitucionais semanticamente indeterminados e os casos difíceis em geral são solucionados pragmaticamente, donde advém o nexo intransponível – embora pouco difundido fora dos círculos acadêmicos – entre o pragmatismo oriundo do giro lingüístico-filosófico (inserido na seara jurídica pelas correntes interpretativas enfeixadas sob a designação Nova Hermenêutica Jurídica) e a interpretação constitucional, prenhe de casos difíceis devido, em grande parte, ao elevado grau de indeterminação semântica dos preceitos constitucionais e ao estado de tensão latente em que muitos deles convivem no seio da Lei Maior.

Com efeito, a Nova Hermenêutica Jurídica, como inserção do pragmatismo no âmbito da interpretação do Direito, surgiu para solucionar o abandono em que jaziam as normas semanticamente indeterminadas ou incompletas, com as de índole principiológica, para cuja interpretação e efetivação o positivismo e a Hermenêutica clássica não possuem mecanismos adequados.

No Brasil, as normas principiológicas ou semanticamente abertas, como inúmeros dos direitos fundamentais, têm negada sua aplicabilidade imediata, principalmente sob o argumento de que necessitam de complementação legislativa de sentido. Para Eros Roberto Grau:

Aplicar o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual inscrito é auto-suficiente, que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consome a sua efetividade.²³

Aplicabilidade imediata, portanto, independe, mas não é

incompatível com ato legislativo ou administrativo voltado a garantir a efetividade da norma jurídica. A necessidade de complementação de sentido de uma norma jurídica pela atuação do Poder Legislativo ou pela implementação de programas pelo Poder Executivo não impede que goze de aplicabilidade imediata desde que lhe seja reconhecida a justiciabilidade.

A decisão jurisdicional que aplique a norma jurídica não regulamentada – quer se trate de norma semanticamente completa (a qual também pode ter seu sentido minudenciado por legislação), quer se trate de norma jurídica dependente de complementação de sentido – pode perfeitamente ser sucedida pela complementação de sentido efetuada pelo Poder Legislativo, assim como pode remanescer apenas com a complementação especificamente procedida pelo Poder Judiciário para o caso concreto que julgou.

Por que então, consoante a maior parte da doutrina constitucional brasileira, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é considerada atributo exclusivo das normas jusfundamentais que independem de complementação de sentido pelo Poder Legislativo? Primeiramente, porque a doutrina constitucional brasileira acerca da eficácia dos direitos fundamentais, via de regra, não reconhece ao Poder Judiciário a possibilidade de complementar o sentido de preceitos jusfundamentais que necessitam de atuação do Poder Legislativo e/ou de implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo e que não foram beneficiados com legislação e atuação administrativa concretizante.

Minudenciando a questão, colocamos agora a seguinte indagação: por que a doutrina constitucional brasileira acerca da eficácia dos direitos fundamentais, via de regra, não reconhece ao Poder Judiciário a possibilidade de complementar o sentido de preceitos jusfundamentais que necessitam de atuação do Poder Legislativo e/ou de implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo e que não foram beneficiados com legislação e atuação administrativa concretizante ?

4.1. A (in)eficácia das normas constitucionais e a interpretação semântica.

Inspirado na doutrina e jurisprudência norte-americanas, Rui Barbosa inaugurou a reflexão acerca da eficácia das normas constitucionais no Brasil classificando tais normas quanto à eficácia em auto-executáveis e não auto-executáveis (em inglês: *self executing e not self executing*).

Nas normas auto-executáveis Rui Barbosa reconhece a aptidão para gerar efeitos independentemente de atuação do legislador ('já que seu conteúdo se encontra devidamente determinado'), mas impõe como condição à produção de efeitos das normas não auto-executáveis a intervenção legislativa para explicitação de seu conteúdo.²⁴

Consoante Rui Barbosa, normas auto-executáveis:

são, portanto, as determinações para executar as quaes, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquellas onde o direito instituído se ache armado, por si mesmo, pela sua própria natureza, dos meios de execução e preservação [...] uma disposição constitucional é executável por si mesma quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio suppletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta e realizar tudo o que exprime.²⁵

As palavras de Rui Barbosa não deixam dúvidas de que, desde o início, as normas constitucionais foram subdivididas, relativamente à sua eficácia, consoante a dependência ou independência semântica na comunicação dos seus significados essenciais, do âmago do seu sentido, vale dizer, conforme sua capacidade de revelar autonomamente (sem complementação de sentido ulterior) seus significados essenciais.

Ainda de acordo com as lições de Rui Barbosa, uma disposição constitucional 'não é auto-aplicável quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas, por cujo

meio se logre dar a esses princípios vigor de lei'.²⁶

Pontes de Miranda elaborou classificação das normas constitucionais quanto à eficácia que contempla três categorias, a saber, normas que independem de concretização legislativa, normas que dependem de concretização legislativa e normas programáticas, cuja normatividade limita-se a cercear atividade legislativa que as contrarie.²⁷

Ingo Wolfgang Sarlet, que assina uma das mais completas obras em matéria de eficácia das normas constitucionais, embora modestamente dirigida apenas à eficácia das normas jusfundamentais, colaciona uma crítica de José Horácio Meirelles Teixeira à utilização do critério da completude de conteúdo e, por via de consequência, às classificações de Rui Barbosa e Pontes de Miranda, pelo fato de que toda norma constitucional é, em alguma medida, incompleta na expressão de seu conteúdo, já que:

[...] quando de sua aplicação aos casos concretos, reclama – em virtude de seu grau de abstração e generalidade – uma atividade exegética, o que ocorre mesmo com as normas diretamente aplicáveis, que igualmente podem conter conceitos vagos e imprecisos, de tal sorte que é possível falar em normas mais ou menos completas, isto é, em graus de completude normativa. Por outro lado – tal como observa Meirelles Teixeira -, esta crítica não deveria ser encarada de forma por demais severa, 'pois quando se fala em norma completa, tal conceito se refere a uma aptidão da norma para significar e produzir seus efeitos essenciais, não todos os efeitos possíveis'.²⁸

Embora redigida nas décadas de cinquenta e sessenta, a obra de Meirelles Teixeira só foi publicada há alguns anos, razão pela qual, embora já proclamasse a eficácia de todas as normas constitucionais, coube a José Afonso da Silva o mérito de haver elaborado pioneiramente a mais importante revisão na doutrina

clássica da eficácia das normas constitucionais, segundo a qual todas as disposições constitucionais são eficazes, embora possuam cargas distintas de eficácia.²⁹

Realmente, José Afonso da Silva, superando a doutrina clássica, postula a existência de alguma eficácia jurídica em todas as disposições constitucionais e estabelece a subdivisão das normas constitucionais, quanto à eficácia jurídica, em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada, incluídas nessa última categoria as normas programáticas (ou de princípio programático) e as de princípio institutivo.³⁰

Consoante Luís Roberto Barroso, a clássica obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* de José Afonso da Silva, editada pela primeira vez em 1967, tratou, por uma questão de opção metodológica, da eficácia jurídica das normas constitucionais e não da eficácia social.³¹

Luís Roberto Barroso classifica as normas constitucionais quanto à eficácia jurídica em normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas, sustentando que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, mas apenas aquelas que veiculam direitos subjetivos – ou seja, aquelas que conferem ‘poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse’ - são dotadas de aplicabilidade imediata, sendo portanto justiciáveis.³²

A posição de Luís Roberto Barroso, principalmente por destacar o relevante papel do Poder Judiciário na concretização da Constituição - em contraste com outros posicionamentos que, mais influenciados pela doutrina clássica, ainda pautam-se pelo monopólio do Poder Legislativo nessa tarefa -, é avançada e comprometida com a normatividade constitucional, embora, devido manter-se ainda presa à interpretação exclusivamente semântica da Constituição, não logre abordar satisfatoriamente a eficácia jurídica no que diz respeito às normas constitucionais de índole principiológica, as quais caracterizam-se pela incompletude semântica.

Um dos pontos fracos da teoria de Luís Roberto Barroso

sobre a eficácia das normas constitucionais, denunciador de sua vinculação à tradicional visão exclusivamente semântica da interpretação constitucional, é aquele onde discorre sobre as normas constitucionais programáticas. Luís Roberto Barroso caracteriza tais normas, essencialmente, como preceitos não justiciáveis, com força normativa apenas para, em suma: a) revogar atos normativos anteriores contrários; b) eivar de inconstitucionalidade atos normativos posteriores contrários; c) dar ensejo a oposição judicial ao cumprimento de regras ou atos administrativos posteriores contrários; d) orientar a interpretação e decisão jurisdicional em sede de ação judicial que os aborde.³³

Juntamente com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, José Afonso da Silva situa os direitos sociais no âmbito das normas programáticas, mas, para Luís Roberto Barroso, os conceitos de direitos sociais e normas programáticas não se confundem, ainda que haja direitos sociais que configuram normas programáticas.³⁴

Com efeito, Luís Roberto Barroso conceitua os direitos sociais como ‘regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual’, e normas programáticas como ‘aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se não de orientar os poderes públicos’.³⁵

Dessarte, Barroso entende existirem direitos sociais que configuram direitos subjetivos, sendo, pois, justiciáveis, e direitos sociais vazados em dispositivos que apenas traçam orientações aos poderes públicos, os quais são destituídos de justiciabilidade. Os direitos sociais que não configuram normas programáticas, de acordo com Luís Roberto Barroso, são normas que ‘definem direitos para o presente’, ou seja, exigíveis no presente por encartarem direitos subjetivos. Já os direitos sociais positivados em normas programáticas são ‘proposições diretivas’ e devem ser ‘efetivados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades do estado’.³⁶

Em suma, embora aluda à ocorrência, no constitucionalismo brasileiro contemporâneo, de um rompimento

com a concepção do constitucionalismo liberal ou Estado de Direito da legalidade, para o qual as normas programáticas representavam meras ‘exortações morais destituídas de eficácia jurídica’, e afirma que nem todo direito social é norma programática (exemplificando tal afirmação ao citar, dentre outros, o direito a seguro-desemprego), Luís Roberto Barroso concebe, através das normas programáticas, a existência de normas constitucionais não justiciáveis.³⁷

Com efeito, aliando-se nesse tocante à doutrina da eficácia jurídica de José Afonso da Silva – a qual por sua vez baseou-se nas lições de Vezio Crisafulli e Ugo Natoli -, Luís Roberto Barroso não formula hipótese de violação justiciável de norma programática (por ação ou omissão estatal), sustentando, ao revés, a não justiciabilidade das normas constitucionais programáticas como sua nota característica.³⁸

Luís Roberto Barroso capta com enorme perspicácia os diversos graus de incompletude e indeterminação semântica das normas constitucionais, bem como as possibilidades de mudança na interpretação da eficácia das normas, mormente jusfundamentais, advindas dessa constatação. Mas incorre na tradicional falha da interpretação semântica de limitar a justiciabilidade às normas dotadas de maior grau de completude semântica, bem como na contradição de caracterizar as normas programáticas como não justiciáveis para depois admitir algumas hipóteses de justiciabilidade dessas normas, o que revela a índole ideológica e não científica da limitação retromencionada.³⁹

Ingo Wolfgang Sarlet - sem romper com a doutrina clássica otimizada pela revisão de José Afonso da Silva, segundo a qual é reconhecido algum grau de eficácia a todas as normas constitucionais - posiciona-se nos seguintes termos acerca da eficácia jurídica das normas constitucionais:

Uma análise mais detida de todas as formulações referidas fatalmente revela que o conteúdo do dispositivo é de suma relevância para a determinação de sua normatividade, noção esta que, em última análise, pode ser reconduzida (com as

devidas ressalvas críticas) ao entendimento já advogado por Ruy Barbosa, de que a completude da norma assume feições de verdadeiro pressuposto para sua aplicabilidade e eficácia.⁴⁰

Não pode haver dúvidas, em face de tal declaração, sobre o inequívoco comprometimento da teoria de Sarlet com uma visão exclusivamente semântica da interpretação constitucional. Como todos os constitucionalistas desde José Afonso da Silva, Sarlet postula a existência de eficácia jurídica em todas as normas constitucionais, mas as distingue em razão do que denomina ‘densidade normativa’, sustentando que as normas constitucionais de alta densidade normativa podem gerar seus efeitos independentemente de intervenção do legislador, ao passo que as de baixa densidade normativa não podem, sem a *interpositio legislatoris*, gerar seus efeitos.

Epistemologicamente essa nova nomenclatura não indica nenhum novo critério que distinga as normas constitucionais quanto à eficácia, pois não há nenhuma diferença entre o critério de divisão das normas constitucionais pela ‘densidade normativa’ e pela incompletude de seu conteúdo – a não ser a afirmação do autor da teoria da densidade normativa de que a diferença de densidade normativa não responde sozinha pelas diversas cargas de eficácia das normas constitucionais, ao contrário do critério da incompletude de conteúdo, o qual desincumbe-se sozinho do papel de justificar os distintos graus de eficácia atribuídos a cada preceito da Lei Maior.

Com efeito, Sarlet enuncia a densidade normativa, a forma de positivação e a função da norma constitucional como fatores que influenciam sua eficácia, sem aperceber-se de que nenhuma dessas categorias o faz ultrapassar o fator que realmente distingue os preceitos constitucionais quanto à aplicabilidade, a saber, a incompletude semântica, denominada pela doutrina clássica ‘incompletude de conteúdo’.

A classificação das normas constitucionais pelas funções – de defesa ou a prestações – não se sustenta primeiramente tendo em vista a indivisibilidade originária dos direitos

fundamentais, visível através da análise das declarações de direitos que os consagraram como direitos humanos.⁴¹ Tal categorização não vinga, outrossim, em virtude da recente jurisprudência que, comprovando a tese da indivisibilidade, vem extraindo direitos a prestações de direitos individuais clássicos.⁴² Por fim, mas não por último, a divisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações revela-se frágil em razão das lições de Gustavo Amaral e Flávio Galdino, inspiradas em Holmes e Sunstein, no sentido de que os denominados 'direitos de defesa' também implicam em prestações onerosas como, *v.g.*, a manutenção do sistema judiciário.⁴³

Já a densidade normativa é uma repercussão da forma ou técnica de positivação das normas e ambas vinculam-se à maior ou menor indeterminação semântica dos signos utilizados no texto da norma, gravitando portanto em torno da incompletude semântica.

Dessarte, 'densidade normativa' não passa de uma expressão designativa da mesma coisa já tratada pela doutrina clássica: os diferentes graus de incompletude semântica dos textos das normas constitucionais.

4.2. A eficácia das normas constitucionais e a interpretação pragmática da Constituição.

Luigi Ferrajoli classifica as normas jurídicas como pertencentes a dois sistemas, o nomoestático e o nomodinâmico, sendo possível, no primeiro, a identificação das figuras deônticas (proibição, permissão, obrigação), presentes em cada norma, simplesmente com o uso da lógica formal e do raciocínio dedutivo, ao passo que, no segundo, as figuras deônticas seriam induzidas do confronto da norma com fatores exógenos.⁴⁴

As normas do sistema nomoestático – dentre as quais Ferrajoli identifica os direitos fundamentais individuais - indicam claramente, desde o primeiro instante da positivação de seu texto, quais categorias deônticas contêm, razão pela qual estão aptas desde que entram em vigor a produzir seus efeitos essenciais. Já as normas do sistema nomodinâmico não

possuem auto-suficiência deôntica, dependendo de elementos situados fora do texto da norma para, diante de um caso concreto, elaboração das categorias deônticas a elas correspondentes.

Apesar de discordarmos da relação de exclusão que o autor estabelece entre incompletude semântica e expressão de plano das categorias deônticas – a qual revela uma excessiva influência da lógica formal em sua obra - pois há normas semanticamente incompletas que, todavia, apontam desde o início a criação de uma obrigação (categoria deôntica), v.g., de fazer, como é o caso de alguns preceitos que enunciam os direitos fundamentais sociais à saúde e à educação, citamos o magistério de Ferrajoli porque ele corrobora e clarifica o entendimento de que normas semanticamente incompletas não podem ser interpretadas da mesma forma que as normas semanticamente completas.⁴⁵

Aquilo que Ferrajoli denomina auto-suficiência deôntica preferimos designar 'auto-suficiência semântica para expressar a parte essencial de seu sentido', visto que não resumimos as possibilidades de regulamentação normativa às categorias deônticas da lógica formal. Quando inexistente essa auto-suficiência, somente a interpretação pragmática, argumentativa - que utilize dados e conceitos oriundos da realidade ou simplesmente externos ao texto da norma - pode extrair parcelas de sentido do preceito interpretado.

Luís Roberto Barroso e Eros Roberto Grau, no âmbito das normas jusfundamentais, quando preconizam a complementação endoprocessual de sentido dos dispositivos legais pelo Poder Judiciário, com fulcro no art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil, estão propondo exatamente a via pragmática para o desenrolar da interpretação. Realmente, ela é única apta a dar concretude a tais preceitos, que caracterizam-se, mormente no caso dos direitos sociais, pela incompletude semântica.

5. CONCLUSÕES.

O equacionamento do problema da eficácia jurídica das normas constitucionais – ao contrário do que fazem crer o

magistério de Sarlet e de algumas recentes obras sobre o tema, como a de Maria Helena Diniz (que insere a intangibilidade na discussão) – não reside em identificar um novo critério para distinguir as normas quanto à eficácia, vale dizer, em apontar o que responde pela maior ou menor dificuldade de aplicação (tarefa da qual a doutrina clássica já se desincumbiu satisfatoriamente), mas sim em transpor o nível semântico da interpretação para lograr colmatar a incompletude semântica identificada em muitos dos preceitos constitucionais.⁴⁶

Embora a Constituição abrigue a maior parcela de normas jurídicas cujo texto é formado por signos lingüísticos abertos, semanticamente incompletos/indeterminados e/ou polissêmicos, do ordenamento jurídico, como os princípios da separação de poderes, do devido processo legal etc., a doutrina constitucional brasileira insiste em aplicar-lhe uma interpretação semântica, peculiar ao positivismo e inteiramente inadequada para o propósito de extrair o significado de preceitos dessa natureza.

Realmente, a interpretação semântica, calcada na razão teórica, procura extrair o significado ou a maior parcela do sentido do texto de cada dispositivo constitucional simplesmente à partir da leitura de tais signos, como se seu significado pudesse ser obtido em abstrato, destacado da realidade sobre a qual incide. Obviamente, quando adotado esse esquema de interpretação pelo Poder Judiciário, somente uma norma cujo texto comunique de pronto, em abstrato, seu significado pode ser interpretada e, portanto, aplicada, razão pela qual as normas constitucionais abertas ou semanticamente incompletas/indeterminadas têm sua interpretação/aplicação postergada indefinidamente, até receberem complementação legislativa de sentido.

A interpretação semântica das normas constitucionais – utilizada comumente pelas teorias nacionais acerca da eficácia das normas constitucionais - busca delimitar de antemão (ou seja, em estágio anterior à aplicação da norma) todas as suas potenciais significações. Ela extrai os significados possíveis exclusivamente através da leitura em abstrato do texto da norma e não perante um caso concreto que a invoque, caracterizando-se, dessarte, por encarar a norma jurídica apenas como texto,

estática e abstratamente. Todavia, não se pode extrair a eficácia de uma norma semanticamente incompleta exclusivamente de seu enunciado porque o texto desse tipo de norma, isoladamente considerado, não expressa sequer uma parcela mínima dos significados nos quais seu sentido pode desdobrar-se em face da realidade sobre a qual incide.

A interpretação pragmática, ao contrário, é realizada argumentativamente, no âmbito de um caso concreto, no qual podem ser obtidos elementos não presentes no texto da norma para complementação de seu sentido e, consoante preconizado por Friedrich Müller, elaboração da norma jurídica propriamente dita. A interpretação pragmática visa elucidar o significado da norma em atividade, perante um caso concreto, caracterizando-se, portanto, pelo seu dinamismo e complexidade. Ela transcende o significado estático do texto normativo, sendo indicada exatamente para a exegese de preceitos com elevado grau de abstração e generalidade, preenhes em conceitos indeterminados, para a solução de conflitos entre princípios e direitos fundamentais, enfim e sobretudo, para casos difíceis.

Dessarte, apenas a utilização da interpretação pragmática das normas constitucionais semanticamente dependentes de complementação, introduzida pela Nova Hermenêutica Jurídica ou simplesmente Hermenêutica Constitucional, é capaz de resolver a grave questão da eficácia das normas constitucionais, colmatando a omissão legislativa e administrativa em propiciar a concretização da Constituição, notadamente no que concerne aos direitos fundamentais sociais e normas ditas programáticas, dotando de normatividade todos os dispositivos constitucionais que não expressam *prima facie* a parcela essencial de seu sentido, em virtude de serem compostas por signos lingüísticos cujos múltiplos significados só podem ser desvelados em face do caso concreto e com o auxílio de elementos exteriores ao seu texto.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005.

_____.; Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, n. 217, p. 67-79, julh.-set./1999.

_____.; Teoria de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica jurídica no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000. 2 v.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, n. 240, p. 83-103, abr.-jun./2005.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional e transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.d.].

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson

Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Ávaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Tradução de: Carlos Lopes de Matos. São Paulo: E.P.U., Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos de direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, vol. 29, p. 29-58, jun./1988.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. 2 v.

GARCIA, Emerson (Coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. 2 v.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, [s.d.].

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 224, p. 239-284, abr.-jun./2001.

MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução de Peter Naumann. 2. ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.** São Paulo: Edições Loyola, 1996.

PALMER, Richard E.. **Hermenêutica.** Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1969.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 4. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NOTAS:

³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 7.

⁴ Sobre a evolução da Hermenêutica, *vide*: BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea.** Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.d.].

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 157.

⁶ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade.** Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 412. Cf. a esse respeito, outrossim, OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.** São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 345.

⁷ COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e da verdade em Apel.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 337 e segs.. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 157. Os estudos de Charles Sanders Peirce sobre os signos lingüísticos, que ele houve por bem designar semiótica, foram publicados por seus alunos apenas a partir de 1930 - logo posteriormente ao surgimento de *Sein und Zeit*, de Martin Heidegger. A concepção acerca do papel da linguagem na compreensão esposada pela semiótica de Peirce possui notável harmonia com a postura heideggeriana sobre o tema e ambas influenciaram decisivamente o giro lingüístico-filosófico. Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. 2 v.

⁸ É mister frisar que o pragmatismo em si transcende a obra de Peirce e mesmo a de Kant, consistindo em um grupo de correntes filosóficas no âmbito das quais a obra de Peirce integra o pragmatismo anglo-norte-americano, juntamente com F. C. S. Schiller, William James, John Dewey e George Herbert Mead. Cf. MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia.** Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 573-577. GUERRA FILHO, Willis

Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1989, p. 61.

⁹ MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 571-573.

¹⁰ A evolução da Hermenêutica filosófica é didaticamente traçada por Bleicher como uma sucessão de três grandes tendências de pensamento hermenêutico: a Teoria Hermenêutica, a Filosofia Hermenêutica (integrada por Heidegger e Gadamer) e a Hermenêutica Crítica (desenvolvida por Apel e Habermas). BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.d.].

¹¹ Para as diversas teorias do discurso, seu objetivo maior é o consenso, cuja extensão é situada na razão direta da correspondência do discurso à realidade, de maneira que o consenso universal equivaleria à plena coincidência entre discurso e realidade, logo ao atingimento da verdade.

¹² Em Habermas, apenas o discurso racional – ou seja, aquele que observa os pressupostos discursivos formais necessários para que imponha-se o melhor argumento - permite agregar satisfatoriamente faticidade (positividade) e validade (legitimidade), satisfazendo assim as exigências de segurança jurídica e correção. Em suma, a teoria da ação comunicativa de Habermas permite vislumbrar mais concretamente a racionalidade existente no âmbito da razão prática (pragmática), ao qual pertencem o Direito e a Moral. Ao extrair da razão prática a razão comunicativa, Habermas amplia o âmbito da racionalidade, permitindo ao Direito uma fundamentação racional pragmática. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

¹³ Utilizamos as expressões *Civil Law* e *Common Law*, a exemplo de Mauro Cappelletti, para designar, respectivamente, os sistemas jurídicos fundados sobre o direito legislado e codificado – dos quais podemos citar o Brasil, a França, a Alemanha, e muitos países da Europa continental - e os sistemas jurídicos fundados sobre o direito jurisprudencial, nos quais a técnica do precedente judicial tem papel fulcral – dos quais são exemplares os sistemas vigentes na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto

Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁵ Idem. Ibidem, 2002, p. 127 e segs..

¹⁶ A Nova Hermenêutica Jurídica consiste no complexo de teorias interpretativas que adotam o viés pragmático utilizado pela tópica de atribuir a tarefa de interpretação e fundamentação jurídica à argumentação desenvolvida dentro dos parâmetros da lógica do razoável. Conforme Siches, usamos a expressão lógica do razoável para diferenciá-la da lógica formal ou lógica do racional. A lógica do razoável consiste em uma maneira de pensar que, em síntese, diferencia-se da lógica racional principalmente por ser impregnada de valorações condicionadas pela realidade concreta que analisa, bem como de juízos embasados na experiência individual e social de quem a utiliza. Ela permite o afastamento de interpretações da lei que conduzam a absurdos ou a flagrantes injustiças, pois trabalha com a ponderação dos efeitos resultantes da interpretação – embora, v.g., na obra de Siches, encontre seu limite nas normas jurídicas em vigor. A interpretação razoável através da utilização da lógica do razoável, consoante Siches, deve submissão ao Direito vigente. Evidentemente essas valorações concretas, juízos fundados em experiência etc. só podem ser desenvolvidos dentro da argumentação, do discurso, razão pela qual Siches faz apologia da tópica, da dialética e do pensamento sobre problemas na medida em que a estes cabe o mérito de ‘insistir sobre el dialogo, sobre el debate, sobre la confrontación de las diferentes argumentaciones, sobre aquilatar cada uno de los argumentos’. SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. 2. ed. Cidade do México: Porrúa S/A, 1973, p. 281-291. Uma exposição esclarecedora e didática da lógica do razoável é a elaborada por Fábio Ulhøa Coelho em : COELHO, Fábio Ulhøa. **Roteiro de lógica jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 95 e segs.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, p. 517.

¹⁸ Ao sistema lógico-dedutivo fechado da Hermenêutica Clássica, a tópica contrapõe uma abertura metodológica que possibilita a aproximação entre ordem jurídica (mormente a Constituição) e realidade.

¹⁹ Em português: a técnica do precedente judicial. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 31-69. Cappelletti desenvolve a abordagem sobre esse fenômeno comum aos sistemas jurídicos do ocidente com arrimo em juristas e filósofos oriundos de ambos os tipos de sistema jurídico. O grande jurista italiano adota farta bibliografia norte-americana e inglesa, no bojo da qual cita, por exemplo, a obra do filósofo Morton G. White, *Social Thought in América: The Revolt Against Formalism*, na qual o prestigiado pensador identifica e denomina o referido fenômeno 'revolta contra o formalismo'.

²⁰ Idem. Ibidem, 1993, p. 32-33. Logo, enfeixando, como expoentes do movimento amplo de reação contra o formalismo, as escolas da jurisprudência sociológica e do realismo (surgidas e desenvolvidas nos Estados Unidos da América), a escola da jurisprudência dos interesses e a escola do direito livre (na Alemanha), bem como a escola da livre investigação ou livre pesquisa do direito (de matriz francesa), Cappelletti lança luzes sobre a abrangência do movimento e apreende uma das notas mais marcantes desse capítulo da evolução da Ciência Jurídica: o reconhecimento e defesa da criatividade dos magistrados, a conclusão de que os juízes também constroem Direito com suas decisões e não apenas declaram um Direito pré-existente. A Escola do Direito Livre é uma ramificação mais extremada, no sentido da criatividade judicial, da Escola da Livre Investigação ou Livre Pesquisa Científica do Direito, cujo maior expoente é o jurista Haermann Kantorowics e que distingue-se da vertente moderada da Escola da Livre Investigação ou Livre Pesquisa do Direito em virtude de postular a possibilidade de julgamentos *contra legem*. A maioria dos juristas considera a Escola do Direito Livre de Haermann Kantorowics como englobada pela Escola da Livre Investigação ou Livre Pesquisa do Direito. Cf. ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica jurídica no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 149-155. MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. **A hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 68-73.

²¹ Adotamos, com a finalidade de evitar equívocos e para conferir uma noção da inesgotabilidade do sentido, donde promana a miríade de significados nos quais ele pode desdobrar-se, a distinção entre sentido e significado - mercê da qual o sentido, por ser inapreensível em sua totalidade, pertence ao plano ontológico, ao passo que significado, por ser uma projeção do sentido sobre a realidade, pertence ao plano ôntico.

²² Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson

Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 38-55. Nessa obra, Dworkin elabora uma percutiente crítica às teorias semânticas da interpretação.

²³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 318-319.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 250. Cf. também BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 284.

²⁵ BARBOSA, Rui apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 251.

²⁶ BARBOSA, Rui apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 251.

²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 252.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 254-255.

²⁹ Idem. Ibidem, 2006, p. 254-255. Cf. também: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 118.

³¹ Como a opção metodológica pela eficácia jurídica é a regra e não a exceção em Direito, só podemos concluir que, com tal afirmação, Luís Roberto Barroso indicou o enfoque rigidamente centrado na eficácia jurídica da brilhante tese do publicista José Afonso da Silva, que não insere-se no movimento doutrinário e jurisprudencial comprometido com a efetividade ou eficácia social da Constituição, o qual busca há décadas estreitar os laços entre eficácia jurídica e eficácia social. Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. Esse movimento, que se iniciou na Europa

do pós-guerra, só atravessou o Atlântico rumo ao Brasil pouco antes da convocação da Assembléia Nacional constituinte que elaborou a Carta de 1988, o que explica, com relação à doutrina constitucional brasileira elaborada até essa época, a abordagem formal que fazia da eficácia jurídica, como algo rigidamente apartado da eficácia social, sem buscar na hermenêutica ou na teoria geral do direito saídas para ampliar e aprofundar a eficácia jurídica dos preceitos constitucionais, como fizeram os constitucionalistas comprometidos com a efetividade da Constituição desde o período imediatamente anterior à promulgação da Carta de 1988, e principalmente após sua promulgação. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 287-288. Um dos expoentes desse movimento pela efetividade das normas constitucionais no Brasil, Luís Roberto Barroso, alude à existência de um elenco de direitos sociais desprovidos de eficácia jurídica e social já na Constituição de 1969, possuindo sua tese de livre-docência o título *A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer*. Nesse trabalho acadêmico o referido constitucionalista insere, como uma preocupação de sua geração, o tema da eficácia social ou efetividade no debate acerca da eficácia jurídica das normas constitucionais. Outro expoente dessa geração de constitucionalistas empenhados na luta pela normatividade constitucional, principalmente no setor dos direitos sociais, foi Paulo Lôpo Saraiva. Cf. SARAIVA, Paulo Lôpo. **Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. Há relativamente aos direitos fundamentais um movimento em prol da promoção de sua eficácia. Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

³² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 292-294.

³³ Idem. Ibidem, 2006, p. 117.

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 140. Luís Roberto Barroso sustenta que apenas alguns direitos sociais consistem em normas programáticas. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 106 e segs.. A jurisprudência do STF e do STJ considera os direitos sociais à saúde e à educação espécies de normas programáticas, mas não lhes nega por isso em todas as hipótese a justiciabilidade, o que indica que faz

uso simbólico da classificação de J. Afonso da Silva sem aderir integralmente aos seus conceitos.

³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti apud BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 114.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 114.

³⁷ Paulo Bonavides estabelece com rigor histórico e jurídico a transição do Estado de Direito pós-revolucionário da legalidade, com constituições vazadas no molde abstrato das declarações de direitos, para o Estado de Direito da constitucionalidade, caracterizado pela superioridade hierárquica e normatividade das constituições. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2006, p. 113-118. Luís Roberto Barroso realça, todavia, a possibilidade de oposição judicial ao cumprimento de regras ou atos administrativos posteriores contrários a norma constitucional programática (op. cit., 2006, p. 151-152). Cf. também: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 174-178.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2006, p. 151-152.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 262.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁴² KRELL, Andréas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

⁴³ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as escolhas trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

⁴⁵ Não se podendo olvidar que toda norma jurídica é passível de regulamentação, de detalhamento, logo não há, a rigor – como observou argutamente Meirelles Teixeira –, norma jurídica semanticamente completa. O que denominamos completude semântica da norma é apenas a aptidão de comunicar parcela essencial do sentido e não de comunicá-lo integralmente.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **A norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.